48
100 144.18

Dissertatio Inauguralis Juridica
De
INQUIRENDA
EX NEGOTIO ACTIONE,
quam
JCTORUM ORDINIS MAGNIFICI
CONSENSU AMPLISSIMO
IN ALMA NORICORUM
Pro
Summis in V. Jure Honoribus
conſeqvendis,
ventilandam proponit
M. MARTINUS LUTHERUS Kaſterling/
Norimb.
D. XVII. Maji, A.C. M. DC. LXXXIIX.

ALTDORFFI,
Literis HENRICI MEYERI,
Univ. Typogr.

Act
BIBLIOTECA N.
ROMA
VITTORIO EMANUELE
Digitized by Google

Eminentisſimo Supremæ Nobilitatis

SENATVI de Nürnberg

V I R I S

a multis jamjam luſtris

GENEROSA PRVDENTIA ILLVSTRIBVS

DNIS. DNIS.

DVVM-VIRIS TRIVM-VIRIS

SEPTEM-VIRIS CONSVLIBVS

SCABINIS

PATRIÆ PATRIBVS Optimis Maximis

DOMINIS MEIS GRATIOSIS

hoc levidenſe Inauguralis Juridicæ Diſſertationis opuſculum

ſubmiſisſima humilitate conſecrat

ſe ſuaq; ſtudia ea ceu poteſt devotione commendat

clientum humillimorum humillimus

MARTINVS LVTHERVS Haſterling/ Norimb.
V. J. Lic. & Phil. M.

Digitized by Google

In Nomine Domini Noſtri JESV CHRISTI!

§. I.

DUo hominum genera eſſe, qui aliorum cauſas actionesq; in judicio agunt, jamdudum notum, illorumq; alius Advocatus ſive cauſæ Patronus vocari conſuevit, alter vero nomine Procuratoris ſalutari meretur.

II.

Olim certe magna inter has perſonas, Advocatum & Patronum cauſæ, conſtituebatur differentia, ceu pluribus videre eſt apud *Cujac. in Paratit. C. ad tit. de Advoc. 1. & Hotom. in Comm. de verb. jur.* ſub vocabulo Advocatus & Patronus. *Cujac. d. l. ex Aſconio Pediano* ſcribit: Qui defendit alterum in judicio, aut Patronus dicitur, ſi orator eſt, aut Advocatus, ſi aut jus ſuggerit, aut præſentiam ſuam commodat amico.

III.

Ejus vero, quem nunc moribus noſtris Advocatum putamus, officium eſt, deſiderium ſuum vel amici ſui in jure apud eum, qui jurisdictioni præeſt exponere, vel alterius deſiderio contradicere. *L. 1. §. 1. de poſtul.* Quamvis Advocatis diverſis, non eædem controverſiæ agitandæ commiſſæ erant, alios quippe fiſci negotia, alios privatorum adminiſtrare oportebat; Unde prono putamus alveo fluere, quid de diviſione duplici *in C. propoſita de advocat. diverſ. Jud. & de advoc. diverſ. Judicum* ſit ſentiendum, quam alii quoque laborare obſervarunt.

IV.

Nunc e re erit, generaliter Advocati perſonam delineare. Certe quemadmodum indubitatæ veritatis eſt, non quovis ex ligno Mercurium fieri aut exſculpi poſſe, ſic nec qui-

Digitized by Google

cunq; hoc officium ritè ſuſtinebit, quippe alii naturâ, alii Legum ſacrarum ſanctione, vel æquo Prætoris Edicto, aut valida Judicis ſententia inhabiles æſtimandi, cæteras tamen perſonas, obſervatis obſervandis, admitti poſſe, nihil impedire credimus.

V.

Præterea quinquennium in his, æque ac in illis qui ad V. J. Doctoris gradum promoveri cupiunt, requiri, propter textus generale loquendi genus, in *Conſt. de rat. & meth. Juris docendi ad Anteceſſ.* adhibitum, affirmamus, accedentibus & Legibus aliis *C. de advocat. 2. l. 3. §. 4. 5. l. 5. §. 4.* Major tamen adhuc rigor in recipiendis Advocatis obſervatur in Camera Spirenſi, ubi nulli conceditur Advocatio, niſi inculpatæ nativitatis, Doctor aut Licentiatus audiat, aperte hoc indicat textus *O. Cam. p. 1. tit. 18.*

VI.

Et quod magis, ætatis quoq; rationem habendam eſſe, *arg. l. 1. §. 3. ff. de poſtul* dicimus, utpote ante ſpatium decimi ſeptimi anni quis ab Advocati munere repellitur, cui interim aſſerto Juris Canonici diſpoſitio non ſuffragatur, ſed quintum & vigeſimum requirit annum, tex. eſt expreſſus in *c. 5. de procurat. in 6to.*

VII.

Interea extra dubitationis aleam poſitum eſſe autumamus, dignitatem Advocati munus præ ſe ferre, nec enim ii, qui haud integræ famæ ſunt, in eorum recipiuntur numerum, palam hoc extat in *c. 1. c. 3. q. 7. & O. C. p. 1. tit. 18.* etiamſi talis hoc officii genus adverſa connivente parte exercere ſibi ſumat, nihilo tamen minus officio judicis rejici debet *l. 7. de poſtul. l. 8. §. 2. de procurat.*

VIII.

Porro nec perperam nos agere certo ſcimus, ſi quæſtionem hic ſatis dubiam inſeramus (haud enim de multis aliis Advo-

Digitized by Google

Advocatorum requiſitis amplam pertractationem inſtituemus, ea etenim ſatis fuſe legi poterunt partim apud *Durandum* in ſuo *Speculo l. 1. part. 4. &c. Alciatum in proceſſ. jud. p. 2. b. 39. a. b. 230. b. 232. a.* ut & apud *Vigel.* in ſeinem Gerichts-Büchl / *per tot.* palmaria quædam apud *Fibig.* in ſuo *proceſſ.* Perneder in Gerichts-Proceß *fol. 2. d. 18. a. b. c. d.)* Utrum nimirum unus idemq; Advocatus, utriusq; partis cauſas agere poſſit, nec ne? Equidem *Treutl. V. 1. D. 8. th. 3.* generatim dicit, ſi Advocatus unius partis rationibus inſtructus, ſe ad alteram transfert, non ſolum prævaricationis, ſed & falſi reum fieri, *arg. l. 1. §. 6. ad L. Cornel. de falſ.* ubi etiam *Gothofr. in Not. lit. m.* vid. & *l. 1. de prævaricat.*

IX.

Contrariam vero ſententiam ſub certa conſideratione *in Not. lit. a.* propoſitam concedit, dicit namq;: diſtinguendum eſſe, an Advocatus alteri operam expreſſe denegaverit, an promiſerit, vel præſtare cœperit; & priori caſu ubi operam alteri denegaverit, contrariam opinionem admittit, poſteriore vero hoc fieri poſſe negat.

X.

Durandus e contrario rem generaliter *lib. 1. de advocat. part. 4. n. 14.* affirmare videtur, licentiamq; ampliſſimam hanc Advocatis concedit, quò duarum agant partium lites, hunc in finem varios Juris Canon. textus adducit, imprimis vero *can. 9. diſt. 45. inf. ac c. 3. ✠ . de poſtul. prælat.* Hujus vero ſententiæ & rationibus allegatis Juris, reſponſio parata cernitur in additionibus, ibid. *lit. g. dict. part. 4.* quæ efficit, ut paulo prolixius hîc agere inſtituamus.

XI.

Quod itaque ad rem ipſam attinet, Advocatus vel eo concipi poteſt modo, quatenus partibus nondum patrocinium promiſit, negotio jamjam percepto, ſed deliberandi ſecum tempus petiit, de hoç quin affirmemus cum altera

 parte

Digitized by Google

parte deſerta, alteram defendere poſſe, nihil cauſæ videmus, quæ impedimento ſit, vel eum ita conſideramus, quatenus partibus actu ipſo patrocinium promiſit, ac Jura ad defendendum vel excipiendum ſuppeditavit, ex quibus deinde in utramq; partem collatis ſatis perſpicere poteſt cauſæ iniquitatem, ita ut palmam haud reportatura ſit, eique hoc in caſu deſertionem cauſæ concedendam, alterius vero partis defenſionem eſſe denegandam cenſemus. Vel eum deniq; perpendimus, quatenus minime injuſtitia cauſæ ad derelictionem eſt commotus, ſed commodi majoris ergo hanc fecit, hoc in caſu *Treutl.* ſupra annotata maxime obtinebunt, aliis adhuc inſuper modis de eo ideas poſſemus formare, quatenus nempe pietate motus, ditioris partis dubia ac probatu difficilia fundamenta reliquit, adverſæ vero & pauperioris defenſionem aſſumit, quæ adhuc Advocato deſtituitur propter ſummam paupertatem, ſed ut ingenue fateamur, hæc magis in ſchola agitanda, quam in foro obſervanda, omnis quippe delinquendi occaſio enſe quaſi recidenda, ne pars ſincera trahatur.

XII.

Pauca adhuc circa ſecundum conſiderationis noſtræ modum facientia adducere conceſſum erit: ea vero ex *Ex. 7. th. 10.* Celeberrimi *Struvii* petita ſunt, ubi poſt alia ita pergit: quodſi etiam ſaltem conſilium pro tua cauſa confecerit Advocatus, ad adverſarii cauſam defendendam ut proſiliat honeſtas non admittit: quod quidem *Dn. D. Adrianus Bejer in Harmonia Struvio-Schnobeliana ad tit. de poſtul. th. 4. verb. conſilium p. m. 130.* ita ex Spekhanio limitat, ſi talis conſultor ab initio putavit ſe defendere juſtam cauſam, quam tamen poſtea vel ex facti vel opinionis mutatione, injuſtam cognoverit, quod extra ullam reprehenſionem, etiam in foro conſcientiæ, diverſis vicibus pro utraq; parte conſulere

lere poſſit, allegat *cit. loc. B. Carpz. l. 3. reſp. 4. O. C. p. 1. tit. 19. pr.* Utrum tamen Ordinationis Cameralis titulus allegatus id probet nec ne? Alii judicent.

XIII.

Moris eſt ceu novimus ut Advocati non ipſi ſed ope Procuratorum intentionem ac jura proponant: hinc eſt quod Advocati cor & animus Procurator, Advocatus vero illius os appellari ſoleat; pauca itaq; & de Procuratore adjiciemus: nempe quod Advocato non eſt conceſſum, nec Procuratori permiſſum intelligitur, arcentur itaque e contrario a Procuratoris officio, qui infamia laborant, hoc interim tenendum non tam accuratam juris ſcientiam Doctores in Procuratore ceu Advocato requirere, ſed aliquali juris eaque explorata notitia præditum admitti poſſe ſtatuunt, hanc in rem facit textus Cammer-Gerichts-Ordnung *de Anno 1500. tit. 15.* partium enim negotia adhibitis prorſus imperitis Procuratoribus maximopere lædi poſſunt, quod vel ipſa rerum experientia teſtatur, iis tamen concedi poteſt quod vulgo obtinet, ut factum ſolum judici narrent ac concluſionem ſubjungant. Præterea neque minores ſeptem & decem annis adhiberi, in viridi eſt, ſed iis majores, ſecus quam Jure Canonico ubi etiam quintus & vigeſimus requiritur annus *c. 5. de procurat. in 6to.*

XIV.

Cæterum varias atque varias diviſionum ſpecies offendi, ad oculum patet, inſigne diviſionis membrum exhibet *l. 1. §. 1. de procurat.* Vel enim Procurator eſt omnium rerum vel unius, inde etiam mandatum generale & ſpeciale adumbratur, huic nunc diviſioni alia annectitur, quod alius ſit Procurator cum libera alius ſine libera nimirum adminiſtrandi poteſtate, quæve diviſio non levem diſceptandi occaſionem præbet.

XV. Alii

XV.

Alii videlicet de Jure Can. eam ſolummodo admittunt, Jure autem Civili negant, alii viciſſim illam utroque Jure fundatam eſſe oſtendunt, horum illorumq; argumenta omnia atque ſingula adducere, eaque vel confirmare aut adverſa ſolvere anguſtia chartæ non permittit: quid tamen nos ſentiamus, in ipſo Diſſertationis actu indicabimus. Ejusdem farinæ quæſtiones ſunt & illæ, utrum in conſtituendo Procuratore ſufficiat taciturnitas, & utrum clauſula rati & grati ſit neceſſaria? Verum enim vero, quia illa quæſtio agitatur in *Schützii compend. juris tit. de procurat.* qui affirmativam tuetur, ac pro ea ſententia *Clement. 1. de procurat. & l. 6. §. 2. l. 18. mandat.* adducit, ex legibus vero argumentum tantummodo deſumit, cui *Frantzk. tit. mand. n. 15.* contradicit, hac de poſteriori vero Celeberrimus *Struv. th. 16. de procurat.* egit, proin crambem bis coctam non apponemus, ſed compendio verborum nos expediemus: de priore igitur quæſtione dicimus, diſtinguentium Claſſem recte ſentire, in quorum numero etiam *JCtus Celeberrimus* DN. D. LINCKIUS, *Præceptor ætatem colendus, Hahn. ad Weſenb. h. tit. n. 4. Bachov. ad Weſenb. d. n. 4. lit. B.* Poſteriorem vero quæſtionem praxin ſatis confirmare, idque magno Doctorum cumulo approbante referimus, qui videri poſſunt apud ſæpe laudatum *Bejer dict. tr. tit. de procurat. p. m. 114.* ſit itaq; membri primi finis.

XVI.

Quod nunc reſtat, non ſolum inferiorem ſeu parem convenire licitum eſt ac permiſſum, ſed ſuperiores ipſi ab actionum remedio exemti non ſunt, teſtis non modo eſt luculentus Digeſtorum titulus *de conveniend. Magiſtrat.* ſed & *pr. J. de oblig. quæ ex quaſi delicto naſcuntur* hoc edocet. Generaliter ſatis hic titulus Digeſtorum eſt conceptus, nec tamen omnes omnino Magiſtratus ſub intelligi verius eſt, ſed minores

Digitized by Google

nores dua taxat. Quis vero Magiſtratus major quis minor, explicatum legitur apud *Gell. noct. attic. l. 13. cap. 14. p. m. 503.* Præterea huic conventioni obnoxii ſolum ii, qui ab initio minus idoneos conſtituerunt tutores, curatores, fidejuſſores, ſecus ubi initio idonei fuerunt, ac poſtea facultatibus labantur, Magiſtratus exinde conveniri nequit *l. 1. §. 11. & 12. ff. de Magiſtr. conveniend.* Magiſtratui tamen hoc caſu probare incumbit, eos ab initio idoneos fuiſſe *l. 1. §. 13. ff. d. t.*

XVII.

Hoc adhuc in disquiſitionem venit, quanam actione ejusmodi Magiſtratus conveniri debeat, utrum in factum actione & tanquam ex quaſi delicto, an vero hujusmodi actione, quæ deſcendit ex quaſi contractu vel fidejuſſione. Et magis eſt ut dicamus hujus actionis cauſam eſſe quaſi contractum ita ut actione directa ex quaſi contractu deſcendente, contra Magiſtratum experiri liceat, in qua opinione etiam *Dominum Doctorem Geigerum, JCtum & Præceptorem quondam fideliſſimum*, fuiſſe ex prælectionibus ad *Strauchii Diſſertationes* cognitum & compertum habeo, quæ tamen utrum adhuc hodie obtineat? Inter Doctores expeditum non eſt. *Hahn ad Weſenbecium & Ekolt. h. t. atq; Bejer. alleg. tr. cum Cz. & Franzk.* quos ibi allegant, affirmativam propugnant ſententiam. Alii contra: inter quos *Bach. ad Weſenbec.* qui ſub finem fere uſum hujus tituli ſecundum quid negat, quibus annumerat *Ekolt. §. 3. h. t.* alios qui ibi videri poſſunt.

XVIII.

Nunc & eos conſiderabimus qui æqualium nomine veniunt, de quibus licet nullum dubium quin conveniri poſſint, probe tamen attendendum, ne coram Magiſtratu incompetente conveniantur, quid itaq; faciendum ſit, ſi perſonæ quos ad diſceptandum invitare decrevimus di-

verſæ

Digitized by Google

verſæ Jurisdictioni obnoxiæ ſunt, hoc vel ex Doctorum commentatione ad Digeſtorum titulum colligere licet de *quibus rebus ad eundem judicem eatur*, quos tamen ne oſtentationis vitium incurramus, allegare nolumus, ſed benevolum Lectorem ad *Ekoltum & Hahnium ad Weſenbec.* relegamus.

XIX.

Interea ex *l. 14. C. de advoc. 1.* facile apparet, circa quæ munus Advocatorum occupatum, nimirum circa omnia publica & privata civilia & criminalia. *Ord. Crim. Caroli V. art. 88.* ſacra & religioſa imo & alia quæ nullius ſunt, ita ut nunc nihil amplius niſi inveniendæ actionis modum addamus, omiſſa ſingulorum explicatione.

XX.

Cernimus verò ſtatim, eam definitionem quæ in *pr. J. de act.* propoſita, ſatis litigantium interpretantiumq; ventos ac imbres perpeſſam fuiſſe, ſuperſedemus itaque illorum controverſiis, noſtramq; ſubſtituimus ſignificationem ac definitionem propriam, quæ tamen nec a legibus recedit. Nimirum actio nihil aliud eſt quam facultas ſive poteſtas legibus conceſſa in judicio comparandi alterumq; conveniendi, qui propter dictum vel factum ſuum vel etiam propter Jus in re quod habemus nobis obligatus eſt, ad hoc ut judicis ſententia, executio ejus, quod prætendimus, fiat.

XXI.

Harum propoſitarum vocum, ſingularum brevitatis ergo non inſtituemus tractationem, nec actionum prima cunabula earumq; poſtmodum compoſitiones amplius inquiremus. Interim tamen palam eſt, quod omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunq; re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducatur, aut enim in rem ſunt, aut in perſonam, namq; agit unusquisq; aut cum eo qui ei obligatus eſt, vel ex contractu

aut

Digitized by Google

 45

aut quaſi ex maleficio aut quaſi, quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, aut cum eo qui nullo jure obligatus eſt (nec facto nec dicto interveniente) movet tamen alicui de re controverſiam, quo caſu præditæ ſunt actiones in rem, hæc paucis additis inveniuntur *in. §. 1. Inſt. de act.*

XXII.

Videmus itaque eum qui actionem invenire cupit circumſpectum eſſe debere circa illud quod offendit & gravandi apud judicem cauſam præbet. Hoc *Vigelius in Dialectica Juris p. m. 445.* ita effert: ante omnia judicandi ratio in judiciis eſt cognoſcenda, cujus primum atque præcipuum munus eſt animadvertere quid litem faciat, ſeu quis totius cauſæ ſtatus ſit, aut uti *Beſoldus in Diſſ. de modo, referendi th. 1.* id, hiſce propinat verbis die Herkommenheit des Haupts-Streits & *Vigel.* in ſeinem Gerichts-Büchl *p. m. 3.* den ſtreitigen Haupt-Punct / oder Articul / darauf die gantze Sache beruhet / pronunciat & *Wehner. in Obſ. pract.* ſub verb. *Juſtici* Weſen poſt *art. 40. c. 3.* his verbis propugnat: Judex primo quid factum ſive actum conſiderare debet. Ceu uti *Oldendorp. in loc. com. act. juris civ p. m 12.* loquitur cum ſcire voluerimus quæ competat actio reſpiciendum eſt factum vel alia cauſa quæ loca facti eſt. Deinceps, utrum obligatio oriatur ex illo facto, quæ vel erit ex contractu violato vel maleficio admiſſo, aut ex Jure in re nobis intercepto & denegato, conſiderandum. Sive in actione primo omnium obſervanda & quærenda cauſa quæ litem moverit utrum illa ſit dictum aut factum vid. *Old. in loc. com. act. Jur. Civ. p. m. 6.* quod vel ſtatim vel ex poſt facto læſionem infert: vel utrum cauſa litigii Jus in re ſit ideſt poteſtas & facultas legitima ad aliquid quam vindicare decrevimus. Certe quemadmodum peritus Medicus in curandis morbis, præcipue attendit, quænam ſit morbi natura & unde ſive ex quibus cauſis proveniat, ſic cautus indagator actionis primo loco in caſum

 ſive

Digitized by Google

ſive ſpeciem facti oder woraus der Irthum und Gebrechen zwiſchen den Partheyen entſproſſen / vid. *Vigel.* Gerichts-Büchl *p. m. 3.* inquirit, & ad amuſſim percipit, quod ad litigandum invitaverit: quomodo vero hoc in negotio procedendum, imprimis ubi partes juſtitiam ſolummodo clamitant, nec vero narrant unicuiq; ſua ratio dictitabit, caſu vero cognito facile apparebit, quid jus de tali caſu diſpoſuerit, & quid peti poſtularive debeat.

XXIII.

Hinc eſt quod *Vigelius* inſigne JCtorum decus *in Repertorio Juris* dicat *c. 1. p. 25.* & in *Dialectica Juris p. m. 447.* In actionis genere inveſtigando, tria potiſſimum eſſe ſpectanda, cauſam ex qua agitur, Legem qua agitur, & Rem quæ petitur ſive cujus gratia agitur, nam ex hisce tribus omnis conſtat actio. Paulo aliter ea *p. 298. c. 38.* repetere videtur, dicit namq; hactenus pro varietate cauſarum ex quibus agitur genus actionis competens demonſtratum eſt (egit vero de contractibus & aliarum ſpecierum cauſis, ex quibus valide ac Jure quid peti poteſt) quia vero ſola cauſa ſive factum ad producendam actionem non ſufficit, niſi aliqua lege quæ actionem concedat adjuvetur, ideo in actionis genere inveſtigando etiam attendenda lex eſt qua agitur, hæc aut naturalis aut civilis. Lex naturalis niſi aliqua lege civili adjuvetur, actionem non producit.

XXIV.

Eadem hæc proponit *Wehner. in Obſ. pract. in verb. Juſtici* Weſen *poſt art. 40. c. 3. & 4. & Alciatus* in ſuo *judic. proceſſ. p. 17. a.* & *153. a.* ubi ita habent verba. In qualibet actione hæc tria veniunt factum ſive cauſa, item Obligatio ex illo facto deſcendens, tertio Actio. Hucusq; *Alciatus.* Actio quæ & petitio aut ut *Ulpianus in l. 85. de V. O.* dicit, obligationis executio eſt. Denique omnia hactenus dicta convenire cum is, quæ *Durandus* in ſuo *ſpeculo l. 4. part. 1. de libell. concept. §.*

quid

Digitized by Google

quid libellus propoſuit, in aprico eſt, eadem enim verba ibi leguntur ac inveniuntur. Alia adhuc majoris explanationis ergo ex *Oldendorp. de form. inveſt. act.* addemus *p. m. 6. 7.* Principio neceſſarium eſt ad inveſtigendam actionem ſeu perſequendi Juris tui formulam, ut facti vel caſus ſpeciem diligentiſſime diſcernas. Niſi enim negotium ipſum prius recte perceperis impoſſibile fuerit certam Juris & actionis formulam colligere. Et paulo inferius, totum autem factum expendere oportet, non unam aut alteram ejus particulam, quò magis appareat num ſimplex an multiplex ſit: paucis omiſſis ita pergit. Nemo enim in tam immenſo negotiorum (ut ſic dicam) mundo, diſcernet recte quod Jus quæ actio cuiq; competat niſi prius ad amuſſim explicatum habeat factum &c. & mox in ſequentibus. Quo magis autem factum recte diſcernas, redige in ſuccinctas ſimpliciesq; ſententias ordinatim, (hujus rei exemplum extat *p. 9.* & in *Vigelii* Gerichts-Büchl *p. m. 105.*) tunc enim commodius apparebit ſcopus cauſæ ut inde ſtatuas Jus perſequendi. In Jure Civili ſcopus cauſæ eſt initium, quod cauſæ ſequentium fuerit, veluti principalis pars negotii, nam cujusq; rei potiſſima pars principium eſt, dicente *Cajo in l. 1 ff. de O. J.* ſemper igitur reſpice unde cœperit negotium, & hoc quod niſi eveniſſet, ſequentia quoque non contigiſſent. Deinde cognita facti ſpecie quid ſit, opportunum eſt videre quale ſit, hoc eſt quid Jus de eo ſtatuat. Paucis præteritis hæc ſequuntur; Videndum enim cum primis eſt, ad quam negotiorum formam pertineat, utrum ſit contractus an quaſi contractus, an vero maleficium an quaſi maleficium, an nullius contractus vel acti negotii, ſed tantum de dominiis rerum ſit quæſtio, num deniq; tam varia ſit facti ſpecies ut ad certam ac nominatam Juris formam redigi non poſſit caſus. Paulus appellat, ex varis figuris cauſarum in *L. 1. pr. ff. de O. & A. Cajus* novum negotium vocat

in

Digitized by Google

in *l. 22. ff. de præſcript. verb. Papinianus* proprium contractum nuncupat *l. 19. ff. eod.* Hucusq; *Oldendorp. d. tr. de form. inveſt. act. p. m. 6. 7. 8.*

XXV.

Hæc breviter tractata, breviſſimis & nunc partim ſpecialibus declarabimus exemplis ac obſervationibus, quo eò melius de mente noſtra conſtet. Priori vero loco perſonalium actionum curam habebimus: nimirum diximus ſupra cauſam obligationis ſpeciem habere vel non (cauſa vero obligationis proprie & ſtrictius ſic dictæ) ſpeciem non habet, quando agimus cum eo, qui quidem neq; ex contractu neq; ex delicto neq; ex quaſi contractu neq; ex quaſi delicto eſt obligatus, Jus tamen aliquod vel in perſona vel in re vindicamus, ex quibus actiones reales ſive in rem competunt. Vid. *Vigel. Repert. c. 31. p. 255.* Nec invite hic verba *Gailii lib. 1. O. 61. n. 9.* applicare poterimus ita disſerentis, ideo autem non eſt neceſſe, actionis nomen in libello exprimere, quia ex cauſa petendi vel medio concludendi (quod nunquam latet. vid. *Oldendorp. de form. inveſt. act. p. m. 8.* & *Stypmann. de Referend. c. 7. n. 278.*) qualitas intentatæ actionis colligitur & demonſtratur, cui preſſo pollice adſtipulatur *Stypmann. in tr. de Referend. c. 6. n. 30. 31. 32. 33.* & *Beſöld. de mod. Referend. th. 20.* Si vero cauſa eſt contractus vel maleficium vel Jus in re, ea ſuas nominatas actiones ſive petitiones parit atq; habet, reliquæ vero cauſarum inuſitatæ ſpecies, habent generales actiones, quibus vice aliarum utimur, ut notat *Papinianus* in *l. 1.* cum aliis JCtis in legibus ſequentibus *de præſcript. verb.* & *Ulpianus* varietatem negotiorum intelligens, quæve certum non haberent exitum, ita ut ne de illorum ſolemnitatibus ac requiſitis obſervandis certum quid proferri poſſet eleganter collegit actionem ex facto & in factum *l. 25. §. 1. de O. & A.* Interea percommode addi poſſunt ea quæ apud *Oldendorp. in loc. com.*

act.

act. Juris Civ. p.m.12. & Stypmann. de Referendariis c.7.n.277. usq; *ad 280.* incluſive & *Oldendorp. de form. inveſtig. act. p. 8.* leguntur, quæ tamen hactenus ex iis dicta, in compendio exhibent.

XXVI.

Pono nunc caſum (paucis additis) ex *Vigelii Diſp. cauſ. diſp. 1. p. 370.* Titius equum Sempronii ad rem ruſticam ſibi commodatum peregre ſecum abduxit, in itinere in latrones incidit, à quibus graviter vulneratus, equum amiſit. Titio hoc percipiente ac Sempronio redeunte repetit equum, Sempronius forte putans, ſine culpa & ſummo vitæ periculo equum ſe amiſiſſe, ideoq; ad reſtitutionem ejus non teneri, Titius, hoc percepto, rem ad judicem deferre cogitur. Quæritur nunc quæ in caſu oblato competat actio?

XXVII.

Utique hic in anteceſſum prolata applicanda, adeoque probe inſpiciendum quæ materia litigii (ut *Oldendorp. in loc. com. act. Juris Civ. p. m. 38.* loquitur) eam vero equum eſſe nulli dubitamus quem Sempronius repetit Titius reſtituere recuſat. Certe hic obiter antequam ulterius pergamus objectioni tacitæ occurrendum utpote quis dicere poſſet, nos Judicis Referendarii, & Advocati officia confundere, hoc enim ad judicem pertinere *Vigelius in Dialect. Jur. p. m. 445. &* in ſeinem Gerichts-Büchl *p. m. 3. indicat;* ſed ex maximi *JCti Wehneri Obſ. pract.* verbo *Juſtici* Weſen *poſt art. 40. c. 3.* reſponſionem deſumemus. Proinde (inquit) hac ratione judex antequam ad probationis examen accedat, ſtatum cauſæ hoc eſt illud de quo controvertitur, & quod probandum eſt inquirit. Quoniam (Auctore Fabio) illud eſt quod Orator præcipue ſibi obtinendum & Judex maxime ſpectandum intelligit. Nec igitur Judex litigii materiam ſolummodo cognoſcere opus habet, ſed & hoc maxime Advocat

vocato incumbit, ut ſciat, quibus modis cauſa, quam defendere ſumſit, ſit inſtruenda. Sed unde hoc in caſu Sempronio eſt Jus repetendi? Sane illud erit vel ex dicto vel ex facto Titii: vid. *Oldendorp. in loc. com. act. Jur. Civ. pag. m. 42.* Duo enim factorum obligatoriorum determinate ſumtorum ſunt genera, unum promiſſionis alterum delicti, ceu *Martini in Comm. ad §. 2. J. de Obligat.* retulit. Vel ex Jure in re. Non vero ex Jure in re, quoniam non de proprietate & ut barbare loquar meitate lis eſt, quæ quippe absq; intermedia perſonæ conventione contingit, ubi nec ad dandum vel faciendum vel præſtandum quid perſonæ invicem adſtringuntur *l. 3. de O. & A.* aut una alteri tantummodo obligatur. Neque ex delicto ſeu peccato, quod ab initio ſtatim omnem omnino partis alterius conſenſum ſive placitum excludit, cum tamen ab initio inter partes conventionem ſive conſenſum eſſe factum conſtet, haud enim ab initio & prima vice contra voluntatem & placitum alterius læſio ſive offenſio accidit, ſed demum ex poſt facto, remanet igitur dictum ſive promiſſum, quo partes invicem certum & determinatum uſum, eoque finito reſtitutionem rei integram promiſerunt, ſive ut res clarius evadat, verbis utemur legis *25. §. 1. de O. & A.* ex contractu (non ex maleficio) actio eſt, quotiens quis ſui lucri cauſa cum aliquo contrahit, (aut ambo contrahentium lucrum reſpiciunt, aut lucrum alterius ſolummodo intenditur uti hic obtinet in caſu propoſito.) At enim vero quia altera pars conventionem violavit, igitur parti læſæ ſive offenſæ competit rei ſuæ poſtulatio, ſive actio commodati directa adverſus commodatarium.

XXVIII.

Aliud ex *Dialectica Juris Vigelii p. 445.* depromemus exemplum & reſolvemus fere ipſius auctoris verbis: eſto igitur caſus talis, quem *Gellius noct. attic. l. 5. c. 10.* exponit his ver-

Digitized by Google

verbis: Evathlus, adoleſcens dives, eloquentiæ diſcendæ cauſarumq; orandi cupiens fuit: Is in diſciplinam Protagoræ ſeſe dedit, daturumq; promiſit mercedem grandem pecuniam, quantum Protagoras petiverat, dimidium ejus dedit jam tunc ſtatim priusquam diſceret, pepigitq; ut reliquum dimidium daret, quô primùm die cauſam apud judices oraſſet & viciſſet, poſtea cum diutule auditor aſſectatorq; Protagoræ fuiſſet, & in ſtudio quidem facundiæ abunde promoviſſet, cauſas tamen non reciperet, tempus jam longum transcurreret & facere id videretur ne reliquum mercedis daret; capit conſilium Protagoras, ut tum exiſtimabat, aſtutum. Petere inſtituit ex pacto mercedem. Paucis nunc additis ac mutatis auctoris retinebimus ſenſum atq; verba: ac animadvertimus primò quid litem faciat, ſive materiam & objectum litis perpendimus, illud vero eſt merces decem fortaſſis aureorum qui petuntur, cauſa petendi eſt; quia (inquit Protagoras) ita inter nos convenit, ut viginti mercedis nomine acceptis, reum in eloquentiæ ſtudio inſtituerem: inſtitui, decem ſolvit, reſtant adhuc decem ſolvendi quos peto. Jus quo hæc nititur intentio fundatum eſſe in *l. 2. C. de locat.* quis eſt qui neget: pergemus igitur ulterius.

XXIX.

Aliud exemplum eſto petitum ex *l. 8. in pr. ff. mandati.* Nimirum dedit Sempronius Procuratorem Cajum, huic Cajo mandavit, ut cauſam ſuam in judicio ageret, cauſa autem requirebat probationes depoſuit igitur apud eundem Cajum itidem inſtrumenta quædam, ut ſi opus eſſet uteretur eis, ac interim cuſtodiret, finita cauſa repoſcit Sempronius inſtrumenta apud eum depoſita, Cajus vero negat aut dolo fecit ne poſſit reſtituere, quænam igitur actio contra eum dabitur? Hoc in ſequentibus.

XXX.

Rurſus aliud exemplum, ſive caſus deſumitur ex *l. 1. §. 12. ff. depoſit.* Rogavit Paulus Mævium ut rem illius perferret ad Pomponium, quô eam ſervaret, & ſi Pomponius eam non recepiſſet Mævius cuſtodiret, ſi nunc Mævius rem reſtituere recuſat, forte quia Paulus Mævio debet qua actione pulſandus hac de re itidem paulo inferius.

XXXI.

Quod igitur ad caſus jamjam propoſitos attinet, ex quibus actio erui debet, ſciendum primò cauſam alia atque alia actione in judicium deductam nunc juſtam nunc injuſtam cenſeri vid. *Vigel. in Repert. juris p. 21.* latius hac de re differentem, hujus rei confirmationem exempla modo allegata pleniſſimam addent, quid proinde ſit faciendum, ne quod ajunt toto cœlo aberremus, ſuperius prolata indicant *§. 22. 23. 24.*

XXXII.

Proinde caſuum evolutionem nunc iterum pertractandam reaſſumimus & caſus in *§. 29.* propoſiti naturam ſub incudem conſiderationis revocamus, thema materiamq; litigii perpendimus, quam dubio procul inſtrumenta conſtituunt, quæ Sempronius à Cajo repetit, cauſa petendi quamvis duplex appareat, una tamen genuina quæ & prima ac principalis eſt, quia Titio mandavit ut cauſam in judicio ageret; quoniam vero illa probationes requirebat, proinde inſtrumenta apud Titium hunc in finem de poſuit, ut ſi opus eſſet eis uteretur, & tam diu cuſtodiret quam diu negotium duraret: finita jam cauſa, inſtrumenta repoſcit hæc actoris intentio nec Jure deſtituta, ſiquidem *in alleg. l. 8. ff. mandat.* ei actio mandati conceditur, qua non ſolum conveniri quis poteſt, ut mandatum exſequatur, ſed &, ſi quid

occa-

Digitized by Google

occaſione mandati ad eum pervenerit reſtituat *l. 10. ſ. 2. l. 20 pr. mandati.*

XXXIII.

Quod caſum *in ſ. 30.* concernit ibi cauſa litigii eſt detentio rei, quam Paulus a Mævio repetit, & rationem petendi illam aſſignat, quia Mævio mandavit ut rem illius perferret ad Pomponium, quò eam ſervaret, & ſi Pomponius recuſaret, Mævius tamdiu eam cuſtodiret, donec eam repeteret. Pauli intentio in *l. 1. ſ. 12.* depoſiti fundata, ubi ei actio mandati non vero depoſiti conceditur. Alia adhuc proponemus exempla.

XXXIV.

Hactenus dicta actiones ex contractibus ortas nobis exhibuerunt, videndus nunc caſus, ubi partim contractus partim delictum actionem producit. Etenim Sempronius locavit Titio ædes ſuas, negotio hoc conſenſuali perfecto, unà ædes locatas viſitatum eunt, poſtquam vero in ædibus verſantur Sempronius absq; omni verborum ambage Titium fuſte poſt januam poſito ex odio adverſus eum antea concepto, implet: large unctum foras ejicit, neque amplius poteſtatem inhabitandi concedit: Titius quia hoc invito ſtomacho perpeſſus eſt, rem ſine omni ultione perferre non vult, adeoq; ad judicem accedere properat, ac Sempronium convenire intendit.

XXXV.

Cæterum quia in caſu propoſito duo facta ſive actus diverſi ſeſe offerunt, quidni etiam duo ac ſeparata Juris remedia ad duplicem intentionis ſcopum ſive finem perſequendum obtinebunt. Duo enim hic verſantur, quorum aliud eſt contractus, alterum delictum, quæ maximopere differunt, ac duas ſeparatas petitiones proferunt: ſive duplex gravaminis & offenſionis objectum ex facto & actione duplici peracta, in judicium deducitur, prius diſceptatio-

nis objectum eſt denegata ædium habitatio quam actor intendit, & vel ex ea cauſa, quia inter illos ita convenit, quo certo pretio, determinato tempore ſolvendo, eas in habitet, actoris intentio fundata eſt in *l. 7. 8. 9. ff. locati conducti.* Altera litigii materia ſive alterum objectum quod litem facit eſt verberatio, quam actor civiliter perſequitur, & reum adſtringere cupit, ut ei tot vel tot ſolvat, hoc ideo, quoniam citra omnem rationem ac occaſionem datam, actorem verberibus injurioſe ſatis excepit, proinde intentio illius *in §. 10. J. de injuriis* fundatur & ei actio injuriarum æſtimatoria conceditur.

XXXVI.

Aliud exemplum ſequitur, ubi delictum duntaxat vindicatur, illud vero erit ſequens: videlicet ſutor quidam conduxit Muſicum Altdorffii habitantem, ut eum illiusq; ſocios Muſices ope exhileraret, conſenſu nunc ab utraque parte præſtito, venit Muſicus præfinito adjunctis ſociis, & tam diu fidibus canebat, quam diu hoc magiſtratus per miſſu exercere licebat, præterlapſo nunc tempore Muſicus canere amplius recuſat, hoc quia ſutori diſplicebat non diu meditabundus quid faciendum ſtetit, ſed uno ictu panduram ejus fregit, at enim vero quoniam Muſicus hoc perferre nequit ideo ad tribunal ſutorem vocat. Sed qua actione adverſus eum experiri poterit?

XXXVII.

Rurſus hic factum quod vel promiſſorium vel delicti, erit quærendum, ut ſciamus quid litem inter partes efficiat, illud vero in eo conſiſtit quia ſutor Muſici panduram corrupit, cujus tamen corruptionem Muſicus apud judicem ulciſci cupit, ideo, quia absq; omni culpa & occaſione data hoc factum injurioſum ſutor adverſus Muſicum peregit, adeoq; ad damni dati præſtationem eum adſtringere intendit. Sane Muſici intentio fundata in *§. 13. J. de Leg. Aquil.*

ibi

ibi enim damnum in omnibus rebus per injuriam datum vindicare conceditur, quibus de in priori capite non eſt cautum, inter quas etiam panduram contineri dicimus, ac affirmamus.

XXXVIII.

Interim tamen aliter res ſeſe habet in realibus, ibi enim cauſa realium actionum eſt jus aliquod in re, ſive poteſtas & facultas legitima ad aliquid, & obligationis ſtricte ſic dictæ ex facto defendentis vis ibi abeſt ac exulat, quamvis de cauſis actionum realium ſive de juribus in re variæ Doctorum opiniones prodierint, quas tamen recenſere inſtituti ratio non patitur. Sed quia *in §. 19.* objecta varia circa quæ actiones reales verſentur recenſuimus, & ea ſingulis exemplis illuſtranda venirent, ſufficiet heic loci unum annectere; utpote hoc cognito, facile quid de aliis ſit ſentiendum vel ſenſus communis edocebit, idque erit ſequens.

XXXIX.

Videlicet Sempronius vaſa argentea Sejo dedit, rogans ut ea venderet, Sejus recepta vaſa mortuo demum Sempronio vendidit Titio non ignorante vaſa Sempronii fuiſſe eumq; eſſe mortuum, cum vero Titii vaſa emta ac tradita ultra triennium poſſediſſet, heredes Sempronii ea a Titio vendicant.

XL.

Quæritur hoc caſu quænam actio competat. Uti in aliis hactenus exemplis proceſſimus, eodem modo hoc caſu pergemus. Nempe quærimus litis occaſionem & objectum quod utiq; rei poſſeſſio eſt, in qua tamen jus & poteſtatem actor habet, itaque eam haud negligit vindicare. Sed ex qua cauſa? Forte ex obligatione ſtricte ſic dicta? Minime. Sed ex Jure in re ſive poteſtate & facultate legitima ad rem ſingularem, quam reus poſſidet obtinendam,

BIBLIOTECA ROMA
Digitized by Google

& fundatſe in *l. 23. ff. pr. de rei vind. & l. unic. C. de alienat. jud. mutand. cauſa fact.*

XLI.

Sed notandum inſuper eum qui rem petere cupit, animadvertere debere, num aliquo interdicto liceat ei recuperare aut etiam nanciſci poſſeſſionem, quia longe commodius eſt poſſidere & adverſarium ad onera probationis compellere, quam alio poſſidente petere hocq; expreſſe ſuadet *l. 24. ff. de R. V. & §. 4. J. de interd.* Hæcque ſunt quæ breviſſime delineare decrevimus, freti ſpe certiſſima, benevolum lectorem nos non ultra id quam facere poteramus condemnaturum, malevolorum vero dentes leoninos aſſiſtente Salvatore, non magnopere curabimus, illis ſequentes verſus, eleganti genio compoſitos, acclamantes:

Nil ſcribitur totum, quis hoc mare effundat?
Multum valent reciſa parva de magnis.
Divina diligenter & fide ſancta
Suffecerit tractaſſe, nullus abſolvet.

Sit igitur hujus tractationis verbum quod abſoluto operi, alias more conſueto addi ſolet, & noſtræ Diſſertationis Inauguralis Juridicæ ultimum

FINIS.

Im-

IMproba ſic hominum gens eſt, ut fraude laboret
decipere alterius jura, nefasq; ſtruat.
Præſto ſint igitur Legis jurisq; Periti,
qui rerum cauſas rite docere valent.
Ut vero ex cauſis quærenda ſit actio vera,
Ingenio monſtras, *Dulcis Amice!* bono.
Quare Tuum toto nomen celebrabitur orbe,
longaq; durabit ſecula *Fama recens.*

Hiscede ſupremis Juris Honoribus ſuo FASTERLINGIO
ex animo gratulatur

HENRICUS Linck / D.

N*Avita per dubii ut quærit diſcrimina Ponti*
Callem, quô tutus navibus æquor aret:
Sic Juris debet Prudens inquirere Facta,
Proceſſum ut Themidi ritè referre queat.
Sæpè etenim nunc huc, nunc actio fluctuat illuc,
Quare ex re Facti cognita cauſa ſiet.
Quomodo dent nobis volvenda negotia cauſam,
Tu docto nobis ore Magiſter eris.
Gratulor! Hac tantas Tua Diſſertatio Laudes
Parturiat ſubitò, quas Tua jura merent.

Nobil. & Clariſſ. DN. CANDIDATO fauſta
quæq; apprecans adpoſ.

FELIX Spitz / D.

Digitized by Google

ET decet, & fas eſt, placidâ conſidere [illegible]pâ,
Qui fauſtô pelagus tranſiluêre pede.
Ridentur ſcopuli, vaſtôq; Charybdis hiatu,
Incaſſumq; furit, quæ furiebat, aqua.
Tu ſic, ô *Sophiæ & Themidos cultiſſime Fili!*
In ſummo poſitam jam regis *Ipſe* ratem:
Et poſt infidos tetigiſti littora fluctûs,
Dignâ victrices laude ſequente comas.
Sic eſt: *Te Phœbus* finxit, *Themis* ipſa polivit,
Ornavit *Virtus*, jamq; coronat *Honos*.

His paucis Nobiliſſ. DN. DOCTORANDO, *de ſummis in utroq; Jure honoribus aggratulari debuerunt ipſius*

COMMENSALES.

WEil uns Sein enges Blat gelehrt und deutlich weiſet/
wie man/ mein Freund/ mit Recht das Seine ſuchen kan;
Weil Er durch kurze Wort ſehr viel vernehmen heiſet/
ſo zeigt diß Tröpfflein Kunſt uns einen Abgrund an/
und ſaget mir zugleich wozu mich Jhm verbinden
Natur- und Freundſchaffts-Recht. Doch alles was ich thu'
erlanget nicht den Werth des Werks; Jch kan nicht finden
ein Wort/ als dieſes nur: Jch wünſche Glück dazu.

Dieſes Wenige wolte dem Edlen Herrn Candidaten/ ſeinen hochgeſchäzten Stuben-Genoßen/ und ſehr werthen Freund/ zum Zeichen ſeiner Willfährigkeit/ vor bishero erzeigte Gunſt Glückwünſchend beyfügen

Joh. Anton. Kröll/
LL. Studioſ.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google